

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite

George, Florence

Published in:

Annales de droit de Louvain

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2017, 'Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite: résumé présenté lors de la soutenance publique de la thèse le 14 novembre 2017 à l'UCL', *Annales de droit de Louvain*, VOL. 77, Numéro 1, p. 39-59.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

IDÉES ET PERSPECTIVES

Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite — Résumé présenté lors de la soutenance publique de la thèse le 14 novembre 2017 à l'UCL¹

par Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur

Docteure en sciences juridiques de l'UCL

Avocate

I. — DE LEGE LATA

1. — Introduction

1. Au départ : le constat d'un certain chaos. Notre projet de recherche doctorale débute par un constat. À l'intersection du droit des contrats et du droit de la faillite, règne une certaine confusion. De nombreuses illustrations de ce désordre sont observées aux confins des deux disciplines. La faillite semble remettre en cause les principes qui gouvernent, en droit commun, la formation, l'exécution et la dissolution des contrats. S'entremêlent également avec le droit commun des nouveaux concepts issus du droit de la faillite tels que les dettes de la masse, la présomption de résiliation des contrats et le principe de l'égalité des créanciers. Différentes controverses émaillent, par conséquent, la doctrine et la jurisprudence sans qu'aucune solution claire n'y soit apportée. Le statut du curateur, le préjudice collectif des créanciers et l'opposabilité des garanties conventionnelles sont autant de questions qui paraissent, de prime abord, insolubles.

2. Hypothèse de départ : dénaturation des règles du droit des contrats. Face à ce désordre, nous avons formulé une hypothèse. L'évolution de la faillite semble avoir entraîné une dénaturation des règles du droit des contrats. Pour sortir de ce chaos, il était indispensable de plonger au cœur du droit de la faillite et du droit des obligations contractuelles.

¹ Pour les références complètes, Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, 1372 p.

L'étude des imbrications entre les deux disciplines de recherche met rapidement en exergue le rôle central joué par la règle de l'égalité des créanciers. Cette dernière fait plier le droit des contrats. Une tendance contradictoire se dessine toutefois progressivement dans le paysage juridique. Le droit des obligations, autrefois brimé par la règle de l'égalité des créanciers, est, de plus en plus, instrumentalisé en vue de contourner cette dernière.

3. La faillite : une institution façonnée par l'histoire. D'un point de vue historique, nous sommes remontés au droit romain pour retracer les grandes étapes de l'évolution de la faillite. Nous avons pu constater combien le droit belge de la faillite restait attaché au droit français dont il s'est très largement inspiré.

La protection des créanciers transparait ainsi au travers de nombreuses règles. À ce stade, on peut déjà subodorer une certaine emprise de ce souci de mettre à l'abri les créanciers sur l'autonomie de la volonté.

La place de l'entreprise et le souhait de maintenir l'activité de celle-ci gagnent toutefois du terrain, au détriment, généralement, de la masse des créanciers. Ce bouleversement de préoccupations entraîne de nouvelles dérogations au droit commun.

Une réforme du droit de la faillite et, plus largement, du droit de l'insolvabilité, vient d'être adoptée par la Chambre des représentants. L'informatisation de la procédure, la promotion de la seconde chance et l'extension de son champ d'application en sont les principaux éléments marquants. L'articulation du droit de la faillite et du droit des obligations n'est malheureusement pas évoquée.

4. La faillite : la situation de concours par excellence. Ensuite, notre attention s'est arrêtée sur la faillite en tant que situation de concours par excellence. À cette occasion, nous nous sommes penchée sur les piliers fondateurs de cette institution. Les incertitudes relatives à la portée du principe de l'égalité des créanciers ont été très tôt mises en exergue. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation témoigne d'une certaine réticence à trancher le lancinant conflit qui oppose le principe de l'autonomie de la volonté à la règle de l'égalité des créanciers. Ce conflit rejaillit de manière sous-jacente, mais aussi incessante au fil de nos recherches. Entre les arrêts *Socol*, *Sart-Tilman*, et celui du 3 décembre 2010, le juriste peine, en effet, à trouver son fil d'Ariane.

5. Le curateur : un acteur-clé aux contours incertains. Enfin, régler le statut du curateur nous a paru indispensable à la poursuite de notre réflexion. Parmi les nombreuses qualifications en vogue (organe de la masse, titulaire d'un patrimoine d'affectation, mandataire de justice), c'est la théorie de la

représentation qui a retenu notre préférence. Après avoir levé les obstacles à la reconnaissance du curateur comme représentant du failli, nous avons dû concéder que le statut du curateur ne pouvait être enfermé dans une qualification unique. Parallèlement à sa qualité de représentant du failli, le curateur dispose de droits propres conférés par le législateur en vue notamment de protéger les intérêts de la masse des créanciers. *De lege lata*, la théorie de la représentation du failli ne se révèle donc pas totalement satisfaisante. La jurisprudence de la Cour de cassation ne lui réserve d'ailleurs qu'un accueil fort limité. Une étude plus poussée des principes applicables aux actions en responsabilité et aux actions en inopposabilité fondées sur le droit commun laisse toutefois entrevoir, *de lege ferenda*, de belles perspectives. La théorie de la représentation du failli pourrait ainsi être consolidée.

6. Le cœur de nos recherches : les différentes étapes de la vie du contrat.

Après ce tour d'horizon, le triptyque « formation — exécution — dissolution » a pu être examiné. Il constitue le cœur de nos recherches. L'approche du droit de la faillite selon le cycle de vie du contrat est innovante. Elle n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie en droit belge. La suite de nos développements est dès lors rythmée par ces trois grandes étapes.

2. — La formation du contrat

7. La formation du contrat : distinction entre validité et opposabilité.

Au niveau de la formation du contrat, nous avons mis en lumière les confusions qui règnent autour des notions de validité, d'opposabilité et d'efficacité.

Plusieurs dérogations au droit commun sont épinglées. Les actions en inopposabilité spécifiquement organisées par la loi sur les faillites en témoignent. Le monopole du curateur en tant que titulaire du droit à agir est spécifique à la faillite. En outre, ce n'est plus un tiers spécifique qui est protégé, mais l'ensemble des créanciers qui bénéficient de l'action. Par ailleurs, le curateur est admis, malgré l'absence de disposition légale, à intenter des actions en inopposabilité en vertu du droit commun et se voit ainsi conférer la qualité de tiers.

Notre étude a, par ailleurs, confirmé la remise en cause nécessaire de la distinction traditionnelle entre l'opposabilité des droits réels et celle des droits personnels.

L'examen de la formation du contrat exigeait ensuite d'opérer une distinction entre les contrats conclus avant le jugement déclaratif par le failli et les contrats conclus après la faillite par le débiteur failli ou le curateur.

La distinction entre dette de la masse et dette dans la masse méritait aussi d'être précisée.

8. La formation du contrat : les contrats conclus par le débiteur avant faillite. Pour les contrats conclus par le débiteur préalablement à sa faillite, un cumul des protections offertes par le droit commun et le droit de la faillite doit être appliqué. Il implique un raisonnement en plusieurs étapes dans le chef du curateur. Le contrat est-il valide au regard du droit commun ? Est-il ensuite opposable, en vertu du droit commun, mais également au regard de la loi sur les faillites ? La place centrale qu'occupe la question de l'opposabilité des contrats à la masse des créanciers démontre à suffisance la volonté de préserver l'égalité des créanciers.

Plusieurs curiosités ont émaillé nos recherches. Ainsi, l'on remarque une certaine réticence à appliquer de la même manière l'article 1^{er} de la loi hypothécaire et l'article 1328 du Code civil. Tandis que le curateur est admis, en tant que tiers, à se prévaloir du défaut de transcription, cette même qualité de tiers ne lui semble pas toujours reconnue pour mobiliser les principes contenus à l'article 1328 du Code civil.

À notre estime, la possibilité pour le curateur d'invoquer à la fois les causes de nullité et d'inopposabilité du contrat découle de sa qualité de représentant du failli à laquelle vient s'adjoindre le bénéfice de droits propres. La délimitation de ces derniers pose toutefois question. Une intervention du législateur est vivement souhaitable.

9. La formation du contrat : les contrats conclus après le jugement déclaratif de faillite. Les contrats conclus après le jugement déclaratif appellent d'autres questions. Ces contrats sont conclus tantôt par le failli, tantôt par le curateur.

La première hypothèse nous amène à articuler, d'un côté, le dessaisissement du failli et, de l'autre, le maintien de sa capacité juridique.

L'examen attentif de l'ensemble des exceptions au dessaisissement a permis de mettre au jour les insuffisances de la législation actuellement en vigueur. Il suffit de songer au failli personne physique désireux de contracter pour les besoins de sa vie quotidienne. Le dispositif relatif à l'engagement du failli par le curateur pêche par ailleurs par son manque de précision.

Les contrats qui sont conclus par le curateur après la faillite répondent, quant à eux, à une autre logique. L'objectif reste de contrôler l'activité du curateur et de faire primer l'intérêt des créanciers. Pour s'en assurer, des procédures d'autorisation et d'homologation ont été mises en place. Ce rôle de surveillance est attribué soit au juge-commissaire, soit au tribunal.

10. La formation du contrat : la distinction entre dette de la masse et dette dans la masse. Les circonstances qui entourent la formation du contrat

peuvent enfin avoir une incidence sur la distinction qui existe, en droit de la faillite, entre les dettes dans la masse et les dettes de la masse. Le seul critère chronologique ne suffit pas à trancher en faveur de l'une ou de l'autre qualification. Un critère fonctionnel est venu s'ajouter, celui de l'existence d'un lien étroit avec la mission du curateur et l'administration de la faillite. L'application pratique de ces deux critères fait toutefois surgir de nombreuses difficultés. La qualification des dettes issues de contrats poursuivis sans que le curateur n'ait accepté expressément la poursuite ni accompli d'actes positifs prête à discussion.

3. — L'exécution du contrat

11. De la formation à l'exécution du contrat. Un contrat valablement formé ne sera pas nécessairement suivi d'exécution. Le droit des contrats se heurte, au stade de l'exécution, à de nouvelles particularités propres à la faillite. Le dessaisissement du failli, la règle de l'égalité des créanciers et les possibilités de poursuites d'activité sont susceptibles de causer de nouvelles entorses au droit commun.

a. Le sort des contrats

12. L'exécution du contrat : le sort des contrats en cours. Au stade de l'exécution du contrat, s'est tout d'abord posée la question du sort des contrats en cours. En tant que représentant du failli, le curateur est amené à poursuivre les contrats conclus par le failli, conformément à l'article 46 de la loi sur les faillites. Le principe de continuité tient tout entier dans la finale de ce dernier article. Le dessaisissement du failli n'y fait pas obstacle.

L'ouverture d'une situation de concours a toutefois un impact sur les droits et obligations des parties. Il suffit de songer à la suspension des intérêts ou à l'exigibilité des dettes du failli. L'opposabilité de certaines clauses (clause pénale, clause de compensation, clause de réserve de propriété, clause d'inaliénabilité) ou celle du contrat peut par ailleurs se heurter au principe de l'égalité. On voit déjà poindre l'existence de nombreux tempéraments.

13. L'exécution des contrats en cours : les tempéraments. Contrairement à ce que l'article 46 laisse augurer, le maintien des contrats n'est pas du tout absolu. Il souffre de nombreux tempéraments. Vu l'absence d'étude générale sur le sujet, nous avons jugé utile de rechercher et présenter l'ensemble de ces tempéraments.

Au préalable, il convenait de rappeler que, dans certaines hypothèses particulières, la faillite peut être considérée comme une cause de dissolution des contrats.

Tout d'abord, le curateur est admis à *refuser d'exécuter* les contrats conclus par le failli. Cette solution était reconnue par la doctrine et la jurisprudence traditionnelles avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1997. L'insertion de l'article 46 ne semble pas avoir supprimé cette possibilité. Le curateur ne peut donc être contraint d'exécuter les contrats auxquels il se trouve confronté. Face à un tel refus, le créancier du failli n'est pas totalement démuni. Ce dernier est autorisé à soulever l'exception d'inexécution, à se prévaloir d'un droit de rétention et, sous certaines réserves, à mettre en œuvre son droit de résolution.

Ensuite, la poursuite des *contrats intuitu personae* n'est pas toujours assurée. Le créancier pourrait, en effet, se prévaloir de l'article 1237 du Code civil pour refuser l'exécution des obligations *intuitu personae* par le curateur ou un tiers. En cas de contestation, c'est au tribunal de commerce qu'il appartiendra d'apprécier l'intérêt légitime du créancier à refuser cette exécution.

Le principe de *l'égalité des créanciers* fait, de surcroît, obstacle à l'exécution de certains contrats. Il sanctionne d'inopposabilité les conventions qui lui sont attentatoires. La doctrine se déchire toutefois sur la portée de ce principe. En toile de fond, ressurgit le sempiternel conflit entre autonomie de la volonté et égalité des créanciers.

La jurisprudence de la Cour de cassation n'est malheureusement pas d'un grand secours. La Cour souffle, en effet, le chaud et le froid lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'articulation des dispositions renfermant respectivement le principe de la convention-loi et celui de l'égalité des créanciers. L'arrêt du 3 décembre 2010 (*Pas.*, 2010, p. 3094) est venu apporter une nouvelle pièce à un édifice déjà fragile. La Cour sanctionne d'une inopposabilité atténuée les cessions de créance conclues à titre de garantie. Ces dernières sont converties en gage. Bien que le législateur se soit emparé de la question lors de la réforme des sûretés réelles mobilières, le travail reste inachevé. De nombreuses incertitudes subsistent.

Force est d'ailleurs de constater que le principe de l'égalité des créanciers subit de plus en plus les assauts de garanties conventionnelles destinées à le contourner. Les mécanismes du droit des obligations sont progressivement réappropriés par les créanciers afin de s'octroyer un droit de priorité, et ce faisant, déroger à un pilier fondamental du droit de la faillite. La fiducie-sûreté tente de s'imposer comme la nouvelle reine des sûretés. L'octroi d'un droit de propriété fait sortir du gage commun des créanciers un bien pourtant affecté en garantie. Seule une partie de la doctrine semble pourtant s'émouvoir d'une telle fiction. Elle appelle de ses vœux une intervention législative. En l'état actuel, nous ne voyons pas d'obstacle à transposer les enseignements dégagés en matière

de cession de créance à titre de garantie à l'ensemble des mécanismes qui se fondent sur l'utilisation du droit de propriété à titre purement fiduciaire.

La combinaison de la *théorie de la fraude à la loi* et de la règle de l'égalité des créanciers pourrait constituer, à nos yeux, un frein à la prolifération de ces garanties dont l'objectif reste de contrecarrer la sanction de l'inopposabilité. Ce possible rempart au déploiement sans limite de l'autonomie de la volonté n'est toutefois que très peu exploré et exploité par la doctrine et la jurisprudence. Les conditions d'application de cette théorie sont pourtant réunies. Le principe de l'égalité des créanciers constitue la disposition légale impérative que les parties cherchent à contourner via la fraude. La convention souscrite par les parties peut répondre à l'élément matériel de fraude à savoir un moyen en apparence licite permettant d'arriver au résultat prohibé. La volonté de contourner la règle de l'égalité qui anime les parties répond à l'élément intentionnel.

Enfin, les liens qu'entretiennent la *force majeure* et la faillite ont été affinés.

Nous nous sommes interrogée sur l'application de l'adage *genera non pereunt* en cas d'insolvabilité d'un débiteur. Les obligations qui portent sur une somme d'argent, choses de genre par excellence, ne peuvent être frappées par une impossibilité d'exécution. En réalité, l'adage *genera non pereunt* ne traduit qu'une constatation statistique et ne revêt aucune portée absolue. Même si, en tant que telle, la faillite ne constitue pas un cas de force majeure, rien n'exclut qu'elle soit elle-même causée par un événement qui remplit ces conditions (maladie grave, catastrophe climatique,...). Dans ces hypothèses, le curateur pourrait légitimement se prévaloir de l'effet libératoire de la force majeure pour justifier l'inexécution du contrat. Le cas particulier de la faillite d'un tiers peut également parfaitement revêtir la qualification de force majeure. La preuve de l'impossibilité d'exécution sera toutefois, dans les faits, plus difficile à rapporter.

14. L'exécution du contrat : les procédures d'autorisation. L'exécution des contrats connaît également quelques aménagements qui résultent de la loi sur les faillites. L'exécution de certains contrats est tributaire de l'accord du juge-commissaire. Les articles 88, 107 et 108 de la loi sur les faillites offrent ainsi au curateur, avec l'accord du juge-commissaire, la possibilité de retirer le gage, de conserver les marchandises vendues mais non livrées et de s'opposer aux actions en revendication dans l'intérêt de la masse. Ces dérogations sont sous-tendues par des considérations économiques et une volonté de contrôle. Elles rappellent celles déjà examinées au stade de la formation du contrat.

b. Les mécanismes du droit des obligations

15. L'exécution du contrat : les mécanismes du droit des obligations favorables aux créanciers. La poursuite des contrats en cours n'entraîne pas

nécessairement l'exécution des obligations contractuelles. Se pose, par conséquent, la question de savoir si le créancier victime de l'inexécution peut recourir aux moyens de pression et sanctions du droit commun. L'incidence de la faillite sur les mécanismes légaux et conventionnels favorables aux créanciers rejaillit au stade de l'exécution du contrat. L'étude séparée de chacun de ces mécanismes met en lumière leur dénaturation en cas de faillite.

16. L'exécution du contrat : les mécanismes légaux. Dans un premier temps, notre attention s'est portée sur les mécanismes légaux. Les dérogations au droit commun sont flagrantes.

- L'article 1298 du Code civil qui interdit la *compensation* en cas de concours n'est pratiquement plus qu'une coquille vide. L'exception de connexité développée en jurisprudence réduit le principe à peau de chagrin. Les dérogations applicables en matière fiscale, qui mettent l'administration à l'abri en cas de faillite du débiteur d'impôts, étonnent au regard du droit commun. La compensation n'est plus tributaire en cette matière ni de la présence d'un lien de connexité, ni du moment de la naissance des créances.
- Il est également dérogé, lors de la survenance d'une faillite, au caractère temporaire de l'*exception d'inexécution*. Conçue initialement comme un moyen de défense temporaire, l'exception d'inexécution peut désormais présenter un caractère définitif. Cette mutation de simple moyen de défense en un véritable droit de préférence prête le flanc à la critique. La règle de l'égalité des créanciers est, de nouveau, au cœur des débats. Le recours au concept de connexité constitue, selon d'aucuns, un expédient. Les clauses de connexité conventionnelle doivent, à notre sens, être combattues, à tout le moins lorsqu'elles présentent un caractère artificiel. L'exception d'inexécution s'intègre mieux, sous d'autres volets, à l'institution de la faillite. Le respect de la condition de simultanéité des obligations est facilité en cas de faillite grâce à l'exigibilité immédiate des obligations des parties prévue à l'article 22 de la loi sur les faillites. Une tendance marquée se dessine en faveur de la reconnaissance de l'exception pour contravention anticipée sous l'influence de l'*anticipatory breach*. L'objectif préventif qu'il poursuit pourrait notamment se déployer en cas de menace sérieuse de faillite.
- Le *droit de rétention* est sans nul doute le mécanisme dont l'évolution est la plus marquante. De simple moyen de pression, il est devenu, sous la plume du législateur, une sûreté réelle à part entière. La nature du droit de rétention en cas de faillite semblait à l'origine insoluble. Le recours au législateur était inévitable sous peine de violer le principe « pas de privilège sans texte ».

- Le *droit de résolution* n'échappe pas au phénomène de dénaturation. L'action résolutoire est prohibée dans le contrat de vente en cas de faillite de l'acheteur. Permettre à un vendeur impayé de récupérer le bien vendu auprès de l'acheteur et ce, malgré le transfert de propriété, est une faveur exorbitante. Le régime spécifique issu de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire est clairement justifié par la règle de l'égalité des créanciers. Ces principes constituent toutefois des vestiges du passé. Ainsi, par exemple, à moins que la vente d'effets mobiliers n'ait été faite au comptant et que le vendeur revendique le bien dans les huit jours de la livraison, le vendeur d'effets mobiliers sera privé de son action en revendication, et par voie de conséquence, de son action en résolution. La distinction entre vente au comptant et vente à terme est dépassée. Le sort du vendeur d'immeuble est, lui, lié au maintien du privilège du vendeur. Les auteurs qui traitent du droit de résolution limitent généralement leurs propos au contrat de vente. Or, au-delà de la dérogation qui figure à l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, on peut se demander si l'interdiction de résolution ne devrait pas être étendue à l'ensemble des contrats translatifs de propriété. Enfin, l'abus de langage dont fait l'objet le terme de « revendication » a été dénoncé à cette occasion.
- Le sort *des intérêts moratoires* n'est pas davantage épargné. De nombreux aménagements se sont avérés nécessaires. Tout d'abord, conformément à l'article 23 de la loi sur les faillites, dès le jugement déclaratif, le cours des intérêts est arrêté à tout le moins à l'égard de la masse. Ensuite, le même article 23 déroge dans une certaine mesure à l'article 1254 du Code civil. À l'égard de la masse, les paiements s'imputent prioritairement sur le capital et non les intérêts. De nombreux auteurs plaident également, à l'égard des créanciers privilégiés, en faveur d'une telle imputation. L'article 23 paralyse, de surcroît, le jeu de l'article 1154 du Code civil qui concerne l'anatocisme à l'égard de la masse. Enfin, les principes issus de l'article 2277 du Code civil en matière de prescription connaissent également plusieurs dérogations. On explique nombre de ces aménagements par la règle de l'égalité des créanciers.
- Le régime de *l'action directe du sous-traitant* est lui aussi frappé par un manque de cohérence. Fruits de la jurisprudence, les principes qui l'entourent baignent dans un flou juridique (Cass., 27 mai 2004, *Pas.*, 2004, p. 922, n° 288 ; Cass., 23 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1393). À l'inverse de la majorité des mécanismes du droit des obligations dont l'opposabilité en cas de faillite est recherchée à tout prix, l'action directe est privée d'effet si elle est exercée après le jugement déclaratif de faillite. La solution est, depuis la réforme des sûretés réelles mobilières, consacrée

dans l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire. Admettre la solution inverse aurait réintroduit le principe selon lequel « le paiement est le prix de la course ». Le sort des *actions directes parfaites* en cas de faillite n'est, par contre, pas véritablement discuté en droit belge. Ces dernières pourraient, à notre sens, échapper à la paralysie.

17. L'exécution du contrat : les mécanismes conventionnels. Après les mécanismes légaux, c'est au tour des mécanismes conventionnels d'être éprouvés. Il n'est, en effet, pas rare que les parties se prémunissent contre les effets d'une faillite par le biais de stipulations contractuelles.

- Aucun consensus ne se dégage sur le sort de la *clause pénale* en cas de faillite. L'opposabilité de cette dernière divise tant la doctrine que la jurisprudence. Le seul arrêt rendu par notre Cour de cassation (Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973) ne permet pas de dissiper les doutes. Plusieurs critères ont actuellement cours : critère chronologique, objet de la clause pénale... Le régime est malheureusement inachevé. Il serait bon que ces principes, toujours en pleine construction, soient en parfaite adéquation avec ceux qui sont applicables aux dommages et intérêts consécutifs à la résolution du contrat.
- Le régime des *intérêts moratoires conventionnels* est particulièrement fragmenté. Le régime applicable aux intérêts légaux est, tout d'abord, transposable. S'y ajoute l'ensemble des protections offertes par le droit commun. À notre sens, les majorations impressionnantes des taux d'intérêt et le développement des indemnités de remploi devraient être davantage balisés en cas de faillite.
- Les *clauses de compensation* qui créent une connexité artificielle en vue de contrecarrer la règle de l'égalité des créanciers et le jeu de l'article 1298 du Code civil, fleurissent de plus en plus dans le paysage contractuel. Cet essor doit, à nos yeux, être freiné par le recours à la règle de l'égalité des créanciers.

La loi du 15 décembre 2004 sur les sûretés financières ménage une place de choix aux conventions de *netting* qui n'impliquent pas de personne physique non commerçante. Elle prévoit leur opposabilité malgré la survenance d'une situation de concours. Le glissement de la règle contenue à l'article 1298 est à nouveau bien prégnant.

- L'opposabilité de la *clause de réserve de propriété* s'inscrit dans la tendance favorable à l'opposabilité des garanties conventionnelles. Bien que condamnée initialement vu son atteinte au principe de l'égalité des créanciers, la clause de réserve de propriété est actuellement traitée très favorablement. Le législateur, sous l'influence du droit comparé, a finalement subordonné son opposabilité à la réunion de plusieurs conditions. L'article 101 de la loi sur les faillites cèdera sa place, dès l'entrée en vigueur

de la réforme des sûretés réelles mobilières, à l'article 69 du Titre XVII du Livre 3 du Code civil. L'opposabilité de la clause est réaffirmée et même étendue.

Partant, alors que certains mécanismes sont paralysés par la faillite, d'autres y survivent sans grande cohérence. Le glissement de la règle ne suit pas nécessairement une logique rationnelle.

18. La résurgence des deux tendances contradictoires. Notre hypothèse de départ consistait à souligner l'influence prépondérante de la faillite et de la règle de l'égalité des créanciers sur la dénaturation du régime de droit commun des contrats. Cette tendance est largement confirmée. Elle est toutefois contrebalancée par l'apparition d'un florilège de garanties conventionnelles destinées elles-mêmes à déjouer ce principe de l'égalité des créanciers. Le mouvement de balancier supputé au départ de notre analyse se confirme donc également. Les solutions à apporter à cette nouvelle dynamique sont incertaines. Nous avons dès lors plaidé pour une clarification législative de la portée de l'égalité des créanciers afin d'assurer davantage de sécurité juridique.

4. — La dissolution du contrat

19. De l'exécution à la dissolution des contrats. Affirmer que les contrats sont poursuivis en cas de faillite ne signifie nullement que la faillite ne pourra pas, dans certaines circonstances, être considérée comme une cause de dissolution du contrat. Les difficultés relatives à la dissolution des contrats en cours sont examinées dans la présente partie.

a. Les causes de dissolution du contrat

20. La dissolution du contrat : tentative de classification. Dans quelles hypothèses la faillite peut-elle être considérée comme une cause de dissolution du contrat ? La littérature juridique est malheureusement fort pauvre sur la question. Nous avons donc jugé utile, dans un souci de systématisation, de regrouper en plusieurs catégories ces causes de dissolution.

21. Les dissolutions de plein droit. Les hypothèses où la faillite entraîne la dissolution de plein droit du contrat sont rangées dans une première catégorie.

Tout d'abord, la solution traditionnelle selon laquelle les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit lors de la survenance d'une faillite, est remise en cause et largement nuancée. Le régime de la caducité par disparition de l'objet peut parfaitement trouver à s'appliquer aux contrats dont la faillite entraîne une impossibilité matérielle ou juridique d'exécution. Une conciliation des principes de droit commun et du droit de la faillite est ici souhaitée.

Ensuite, on trouve les *conditions résolutoires* qui opèrent de plein droit en cas de faillite. Ces conditions résolutoires échappent généralement au couperet de l'article 1762bis du Code civil, de l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824, de l'article 3 de la loi relative aux baux commerciaux et de l'article 4 de la loi relative aux baux à ferme. Les rédacteurs de conventions pourront ainsi y trouver le moyen de contourner certaines prohibitions légales.

22. Les facultés de résiliation ou résolution. Une deuxième catégorie d'exceptions est consacrée aux facultés de résiliation ou de résolution unilatérale.

La portée de l'article 46, originalité issue de la loi du 8 août 1997, se devait d'abord d'être précisée. Les arrêts rendus par notre Cour de cassation en 2004 et 2008 (Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130 et Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588) laissent entrevoir un *pouvoir de résiliation* dans le chef du curateur assorti de limites strictes. Ainsi, la résiliation n'est envisageable que lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement.

La dérogation la plus criante gît dans la *présomption de résiliation* instaurée par le législateur lorsque le curateur, mis en demeure par le créancier du failli de se prononcer sur la poursuite du contrat, n'y donne pas suite. Cette présomption de résiliation se voit reconnaître droit de cité. Elle ne renvoie malheureusement à aucun régime juridique précis. La réforme du droit de la faillite tente de remédier à cette lacune.

Le *pacte comissoire exprès*, en tant que faculté de résolution unilatérale, figure également dans cette deuxième catégorie. Il est toutefois rendu inefficace non seulement en matière de ventes mobilières par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, mais également en matière de baux immobiliers en application de l'article 1762bis du Code civil. La tentation est grande de contourner ces obstacles en rédigeant le pacte comissoire exprès sous la forme d'une condition résolutoire.

Les parties peuvent encore insérer dans leur contrat une *clause de résiliation unilatérale* prévue spécifiquement pour le cas de faillite. Pareille clause est toutefois difficilement conciliable avec les dispositions qui imposent une durée minimale aux baux à ferme, baux commerciaux et contrats d'emphytéose. Leur analyse démontre, à nouveau, combien la formulation des clauses aura une incidence sur leur validité.

23. Les cas réglés par le législateur. La dernière catégorie traite des cas spécifiquement régis par le législateur. L'impact de la faillite sur les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle, les contrats d'assurance, les contrats d'agence commerciale et les contrats de travail est réglé par le législa-

teur. L'étude plus particulière du contrat d'assurance témoigne de la difficulté de concilier des régimes aux préoccupations très diverses.

b. L'après-contrat

24. L'après-contrat. Malgré sa dissolution, le contrat n'est pas condamné à disparaître d'un seul coup. Des obligations post-contractuelles survivent à cette dissolution. Leur sort après faillite fait également l'objet d'aménagements particuliers.

Les *obligations post-contractuelles* sont, tout d'abord, tributaires de la portée que l'on confère à l'égalité des créanciers. Notre analyse s'est volontairement limitée à certaines d'entre elles. Les clauses d'inaliénabilité, les clauses qui plafonnent le prix de revente et les clauses qui augmentent le droit aux commissions du créancier en cas de faillite préjudicent, à notre estime, au droit à un traitement égalitaire des créanciers. À défaut pour le législateur de s'y attarder, cette problématique deviendra à l'avenir une véritable bouteille à encre.

Les *obligations de garantie* se révèlent, par ailleurs, souvent illusoire au regard du régime de l'excusabilité et de la dissolution des personnes morales qu'emporte la faillite. En matière de vente, l'étude comparative de l'action en garantie des vices cachés et de l'action en garantie d'éviction met en évidence une distorsion importante entre les deux régimes juridiques. Tandis que la garantie des vices cachés est exclue en cas de vente faite par autorité de justice, la garantie d'éviction est, elle, maintenue. Les raisons qui justifient l'exclusion de la garantie des vices cachés se révèlent, à l'analyse, peu convaincantes.

5. — Les lignes directrices de notre thèse et les enseignements à tirer

25. Une confirmation des hypothèses de départ. Les problèmes d'articulation du droit des contrats et de la faillite sous le prisme des différentes étapes de la vie du contrat ont été longuement étudiés. C'est sur la base de ce substrat que reposent les grands enseignements de notre thèse.

Au terme de notre projet de recherche, nos intuitions sont bel et bien confirmées.

Au croisement du droit des obligations et de la faillite, on est tout d'abord frappé par l'*incomplétude* du droit positif.

Le statut du curateur ainsi que la portée de l'égalité des créanciers en témoignent sensiblement. Ils sous-tendent pourtant l'ensemble du régime de la faillite. Ce dernier n'en ressort que plus fragilisé.

On constate ensuite une *utilisation approximative et peu rigoureuse* des principes du droit commun. Les concepts de validité et d'opposabilité s'entremêlent ; l'utilisation des termes « résolution » et « revendication » est trompeuse ; la présomption de résiliation ne renvoie à aucun régime particulier ; le curateur est considéré à la fois comme tiers et comme partie à la convention, ...

Le législateur ne s'est, en réalité, pas embarrassé de *régler les articulations* entre les deux régimes. En témoigne l'unique article 46 de la loi sur les faillites, censé régir l'ensemble de la poursuite des contrats en cours. Comment articuler la faculté de résiliation prévue à l'article 46 de la loi sur les faillites avec les sanctions du droit commun et plus particulièrement la résolution ? Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'en disent mot. Le même constat d'indigence s'impose lorsqu'il s'agit de concilier le maintien de la capacité de contracter du failli avec l'article 16 qui prône le dessaisissement du failli.

De surcroît, de nombreux *mécanismes du droit des obligations plient sous l'effet du droit de la faillite*.

Les exemples sont nombreux. L'article 1298 du Code civil prohibe la compensation. La résolution après faillite dans les contrats de vente est neutralisée par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire. L'article 23 de la loi sur les faillites suspend le cours des intérêts et déroge aux articles 1154 et 1254 du Code civil qui règlent respectivement l'anatocisme et l'imputation des paiements. L'action directe du sous-traitant n'est plus possible une fois la faillite prononcée. Enfin, historiquement, la doctrine et la jurisprudence faisaient montre d'une certaine réticence à l'égard de la clause de réserve de propriété.

26. Le rôle de l'égalité des créanciers. Derrière ces aménagements et atteintes se dessine le principe de l'égalité des créanciers. Ce dernier sous-tend, en réalité, les dérogations au droit commun. Son influence est omniprésente.

Le principe de l'égalité est toutefois de plus en plus battu en brèche. L'exception de connexité vient souvent annihiler la prohibition de l'article 1298 du Code civil. Plusieurs exceptions à l'interdiction de résolution en matière de vente sont, par ailleurs, admises en jurisprudence. Le régime légal est souvent en décalage avec la réalité de terrain.

On assiste également à la consécration légale de certains mécanismes qui heurtent le principe de l'égalité des créanciers. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions. Le droit de rétention, à l'origine considéré comme un simple droit de créance, est élevé au rang de sûreté réelle dans le cadre de la réforme des sûretés réelles mobilières.

27. Un constat de chaos entre deux disciplines juridiques. Le panorama d'ensemble est, au final, entaché d'incohérences. Les questions sont légion. Quelles raisons justifient que l'action directe du sous-traitant soit paralysée alors que la clause de réserve de propriété est opposable malgré la faillite ? Comment expliquer que les contrats translatifs de propriété ne soient pas tous visés par le jeu de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire ? Pourquoi l'exception de connexité s'apprécie-t-elle différemment en matière de compensation, d'exception d'inexécution ou de droit de rétention ? Quel critère retenir pour régler le sort de la clause pénale ?

Ces contradictions ne pourront être levées sans un détour par le principe de l'égalité des créanciers, pilier fondateur du droit de la faillite.

Les spécificités du droit de la faillite mériteraient également d'être affinées. La distinction entre dettes de la masse et dettes dans la masse exigent quelques clarifications, notamment sous l'angle contractuel. Le dessaisissement prévu à l'article 16 de la loi sur les faillites suscite de nombreuses interrogations. Son articulation avec le maintien de la capacité juridique du failli est complexe.

28. L'apparition des sûretés issues de la pratique : un paradoxe. Nous aurions pu nous arrêter à ce constat : le droit des obligations a subi les affres de la règle de l'égalité. Une autre tendance s'est toutefois profilée à l'horizon. Les principes du droit des obligations sont, en effet, de plus en plus instrumentalisés en vue de contourner la règle de l'égalité des créanciers. Le droit de l'insolvabilité, dans un mouvement de balancier, fléchit, lui aussi, face à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle.

De nombreuses garanties conventionnelles fleurissent et n'ont souvent pour objectif que de déjouer les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire. Le principe de l'autonomie de la volonté est brandi par ses fervents défenseurs comme primant l'égalité des créanciers. Le recours à la propriété-sûreté en constitue l'élément le plus marquant.

L'imagination des parties se déploie en droit de l'insolvabilité de manière fulgurante : clause de connexité artificielle, clause d'inaliénabilité, recours à l'affacturage, utilisation de comptes rubriqués, cession de créance à titre de garantie,...

L'évolution des sûretés issues de la pratique doit, nous semble-t-il, être contenue sous peine de vider le droit de la faillite de son essence. L'édifice de la faillite repose tout entier sur l'égalité des créanciers. Déjà fragilisée dans ses fondations, la faillite ne pourra survivre à toutes ces attaques et incursions de l'autonomie de la volonté.

29. La pauvreté de la jurisprudence. Les rencontres que nous avons pu initier avec les praticiens ont révélé à quel point l'intersection du droit de la

faillite et du droit des contrats restait un domaine inexploré. De nombreuses questions sont négligées par la pratique. Le pragmatisme et l'efficacité qui caractérisent le contentieux de la faillite occultent bon nombre de difficultés. Les moyens financiers dont dispose le curateur sont souvent trop faibles pour qu'il s'engage dans une procédure. Par ailleurs, le curateur souhaite généralement clôturer rapidement la faillite pour permettre le versement d'un dividende aux créanciers. L'enjeu n'est pourtant pas négligeable, comme nous avons tenté de le démontrer.

30. Un travail de remise en ordre et de systématisation. Parallèlement, notre parcours nous a permis de remettre un peu d'ordre au sein d'une matière particulièrement éparpillée et touffue.

Une solution au statut du curateur est tout d'abord proposée. La thèse de la représentation du failli a retenu notre préférence. À cette qualité de représentant, s'ajoutent des droits propres.

Un cumul des principes de droit commun et du droit de la faillite relativement à la validité et à l'opposabilité des contrats est ensuite prôné. Le curateur est amené à raisonner en plusieurs étapes.

La poursuite des contrats en cours est, par ailleurs, nuancée. Les tempéraments à l'exécution du contrat ont été épinglés. Le jeu de l'*intuitu personae* en cas de faillite est à cet égard éclairci.

Enfin, les causes de dissolution du contrat en cas de faillite sont classifiées. Le principe de dissolution des contrats *intuitu personae* en cas de faillite cède sa place à un régime de caducité.

La tâche était particulièrement ardue dès lors qu'elle impliquait d'articuler des législations aux objectifs et préoccupations parfois opposés. Le droit des obligations, le droit de la faillite et le droit des sûretés ont été tour à tour mobilisés.

31. L'impact des réformes en cours. La multiplication des réformes a complexifié encore davantage nos recherches : réforme des sûretés réelles mobilières, réforme du droit de l'insolvabilité et réforme du Code civil. Il nous a fallu jongler dans cet entre-deux avec les aléas que cette démarche implique.

Plusieurs modifications apportées par la réforme du droit de l'insolvabilité peuvent être saluées. On pense notamment à l'informatisation des procédures et aux limites apportées au dessaisissement afin d'offrir une seconde chance au débiteur failli. Le travail reste toutefois inachevé et laisse ouvertes de nombreuses controverses.

32. Le droit comparé : une source d'inspiration. Enfin, la matière particulièrement vaste que recouvre notre question de recherche rendait impossible

une analyse complète de plusieurs droits comparés. Nous avons pris le parti de nous focaliser uniquement sur le droit français dont notre législation s'est inspirée largement. Les développements choisis nous ont permis de rejeter certaines solutions comme celles fondées sur la personnalité juridique de la masse. C'est également dans cette richesse du droit comparé que nous puiserons quelques propositions *de lege ferenda*.

II. — DE LEGE FERENDA

33. Faire œuvre utile. Ce constat de chaos ne peut clôturer là notre démarche. Il appelle une avancée supplémentaire.

L'objectif ultime que poursuit tout chercheur en droit n'est-il en effet pas de faire œuvre utile et de participer à l'évolution du droit et à sa meilleure adéquation à la vie en société ?

Il nous importait dès lors de proposer *de lege ferenda* quelques pistes de solution. Nous distinguerons, à cette occasion, les propositions fondamentales de celles considérées comme plus accessoires.

S'agissant de simples pistes, ces solutions méritent d'être débattues et mises à l'épreuve de la pratique.

1. — Les modifications fondamentales

34. Au rang des modifications fondamentales : le statut du curateur. Régler le statut du curateur nous paraît constituer un préalable indispensable. La théorie de la représentation pourrait tirer parti des incohérences actuelles et connaître un nouvel essor. En consacrant l'existence de droits propres concurrents à ceux que le curateur tire de sa qualité de représentant du failli, le régime gagnerait en lisibilité. Ces droits propres auraient notamment pour objectif de protéger la masse des créanciers. On songe notamment aux actions en inopposabilité fondées sur le droit commun, à celles fondées sur l'égalité des créanciers de même qu'aux actions en responsabilité.

35. Au rang des modifications fondamentales : la portée du principe de l'égalité des créanciers. Une réflexion globale sur la portée de l'égalité des créanciers est par ailleurs inévitable. À notre estime, le principe ne peut être rétrogradé à une simple règle de nature supplétive. En tant que pilier fondateur du droit de la faillite, la règle de l'égalité doit retrouver une place centrale. Ses fondations doivent être consolidées dès lors qu'elle supporte tout l'édifice de la faillite. À défaut d'être érigée en règle d'ordre public, la règle doit, à tout le moins, rester impérative. Elle ne peut être contournée et primée par

le principe de l'autonomie de la volonté. En restaurant sa nature impérative et, surtout, les conséquences qui s'y attachent, les cours et tribunaux seraient moins démunis face aux assauts des sûretés issues de la pratique. Il serait bon, à cet égard, de rappeler clairement que la règle sanctionne d'inopposabilité à la masse les clauses et conventions qui y portent atteinte.

36. Au rang des modifications fondamentales : la prise en compte dans le droit de la faillite du phénomène contractuel. Le phénomène contractuel ne peut, par ailleurs, être enfermé dans un seul et unique article 46. Il convient d'en élargir le spectre.

La notion de contrat en cours pourrait ainsi être définie. Tracer la ligne de démarcation entre contrats en cours et poursuite d'activité éviterait les confusions.

Le cumul des conditions de validité et d'opposabilité du droit commun et du droit de la faillite ressortirait à ressortir clairement de la loi.

Plusieurs dispositions s'attacheraient également à définir l'arsenal de sanctions offert à chacune des parties. On ne peut que regretter l'absence d'articulation de l'article 46 et des sanctions de droit commun. Autre ombre au tableau : la présomption de résiliation. Il convient de rattacher cette sanction à un régime juridique existant ou à en définir un nouveau. La réforme semble déjà s'y atteler.

Un volet spécifique pourrait être consacré aux causes de dissolution propres à la faillite. Nous avons d'ailleurs plaidé pour que le régime de la dissolution des contrats *intuitu personae* soit appréhendé sous l'angle de la caducité. Il serait également heureux d'harmoniser le régime des clauses de résiliation, des clauses résolutoires expresses et des conditions résolutoires prévues pour le cas de faillite.

L'après-contrat ne doit pas davantage échapper à la plume du législateur. Les obligations de garantie qui dérivent du droit des contrats spéciaux manquent de lisibilité.

37. Au rang des modifications fondamentales : la prise en compte dans le droit de la faillite du phénomène contractuel (suite). Les dérogations aux règles de droit commun pourraient, par exemple, être précisées.

Lorsque l'on s'attarde sur le sort des mécanismes du droit des obligations, les solutions sont multiples. L'accent doit toutefois être mis sur la recherche de cohérence et de sécurité juridique.

Ainsi, les règles d'imputation en matière d'*intérêts* pourraient être coulées dans un texte. Les dérogations aux articles 1154 et 1254 ne peuvent rester

implicites. Les principes qui s'attachent à la prescription de la réclamation des intérêts méritent également d'être couchés par écrit.

L'exception de connexité serait uniformisée et encadrée. Il appartiendrait à cet égard au législateur d'inclure dans son champ d'application la compensation, le droit de rétention et, le cas échéant, l'exception d'inexécution.

Le sort de l'*action directe* en cas de faillite doit être clarifié. On peut à cet égard réfléchir à l'instauration de règles générales, selon que les actions directes sont parfaites ou imparfaites. Le législateur serait bien inspiré d'en profiter pour régler le conflit entre action directe et saisie-arrêt.

Il reste également souhaitable que les critères qui rendent inopposable la *clause pénale* à la masse des créanciers soient clairement définis.

L'absence de règles de conflits spécifiques au *droit de rétention* appelle également une intervention législative. Il serait bon à cet égard de différencier, une fois pour toutes, les notions d'opposabilité et de droit de préférence.

L'article 20, 5°, de la loi hypothécaire mérite également d'être refondu. L'interdiction de résolution serait étendue à l'ensemble des contrats translatifs de propriété. Le terme « revendication » serait par ailleurs remplacé par celui de résolution là où la confusion règne.

La règle de l'égalité des créanciers pourrait, en tout état de cause et à défaut de dispositions précises, jouer le rôle de filet de sécurité. Elle fait, en effet, obstacle à l'opposabilité à la masse des clauses et conventions qui s'y heurtent ou tentent de la contourner.

38. Au rang des modifications fondamentales : une réflexion en profondeur sur le régime des sûretés. Un débat sur l'ensemble des causes de préférence est également souhaitable. Une réflexion sur l'opportunité de conserver un aussi grand nombre de privilèges, sur les régimes (trop ?) préférentiels dont bénéficient l'ONSS et l'administration fiscale et sur les objectifs qui sous-tendent la priorité dont bénéficient certains créanciers est inévitable sous peine d'aggraver un régime déjà fort débridé et parsemé.

Un système de publicité élargi est, à notre sens, à promouvoir. On peut regretter l'absence de mise en place d'un tel système pour le droit de rétention et la clause de réserve de propriété. L'état actuel de la technique rend parfaitement possible un système informatisé unique et global.

Le législateur ne pourra en outre se passer de poser des balises par rapport à l'évolution des propriétés-sûretés. La rétrogradation en gage de la cession de créance à titre de garantie constitue un premier pas en ce sens. Tandis

que certaines pourraient être élevées au rang de sûretés, d'autres doivent être rendues inopposables à la masse.

2. — Les modifications accessoires

39. Au rang des modifications accessoires : l'articulation du dessaisissement et de la capacité du failli. La portée de l'article 16 de la loi sur les faillites et les exceptions qui l'assortissent doivent également être précisées. Les modifications prévues dans le cadre de la réforme sont insuffisantes. La notion de droits personnels du failli qui échappent au dessaisissement est, à l'heure actuelle, beaucoup trop floue.

La capacité de contracter du failli mériterait également d'être consacrée dans une disposition légale, tout en s'articulant avec le principe de l'article 16 de la loi sur les faillites. La nécessité de prévoir la possibilité pour le failli de contracter pour les besoins de sa vie quotidienne a été suffisamment démontrée.

40. Au rang des modifications accessoires : la transaction, le *boni* de liquidation, l'engagement du failli, l'indemnité de emploi et le transfert d'activité. Il n'est pas inutile de régler également certaines questions plus ciblées. On pense, par exemple, à la question du bénéficiaire du *boni* de liquidation, à la controverse relative à la notion d'objet de la transaction et la procédure applicable selon le dépassement ou non du plafond, aux modalités d'engagement du failli par le curateur, ...

Pour protéger davantage la masse des créanciers, nous avons également prôné l'instauration de restrictions spécifiques aux intérêts et indemnités de emploi excessives.

Des mesures indispensables à la cession d'un fonds de commerce ou d'un transfert d'activité pourraient également voir le jour. Le maintien du contrat d'assurance de manière temporaire en constitue un bel exemple.

3. — Le droit français

41. Le droit français : une source d'inspiration. Une meilleure compréhension du système passe par une réflexion globale, mûrie et plus complète du législateur. Elle pourra, pour ce faire, s'inspirer des initiatives déjà entreprises par nos voisins français.

42. La distinction entre créanciers antérieurs et postérieurs. Une ligne de démarcation est fixée par le législateur français entre les créances antérieures, les créances postérieures privilégiées et les créances postérieures non privilégiées. Ces dernières sont exclues du régime de faveur dans la mesure

où elles ne répondent pas aux critères relatifs à la date de naissance et à la finalité de la créance. À l'inverse, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture soit pour les besoins du déroulement de la procédure ou de l'activité, soit en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, sont privilégiées. Cette distinction pourrait venir supplanter celle du droit belge entre les dettes de la masse et les dettes dans la masse.

43. Le sort du droit de rétention. On notera encore que le sort du droit de rétention est réglé en partie par le législateur. Le régime à géométrie variable opère une balance des intérêts entre la continuité de l'entreprise et les intérêts des créanciers. Les solutions étant consacrées dans un texte, nombre d'incertitudes sont levées tandis que la sécurité juridique est renforcée.

44. La consécration législative de certains patrimoines d'affectation. L'existence d'un patrimoine d'affectation est, de surcroît, reconnue de manière limitée via l'instauration de l'EIRL (entrepreneur individuel à responsabilité limitée). Malgré l'absence de reconnaissance d'une théorie générale des patrimoines d'affectation, rien n'exclut que le législateur belge y déroge également de manière expresse, parcimonieuse et justifiée.

45. La consécration de la fiducie-sûreté. La fiducie-sûreté a fait son apparition en droit français. Elle constitue une sûreté à part entière et est régie non seulement par les articles 2011 à 2030 du Code civil consacrés au régime de la fiducie, mais également par des dispositions spécifiques. La fonction de fiduciaire est limitée à certains professionnels. L'incidence d'une procédure collective sur la fiducie n'appelle pas de réponse uniforme. Les solutions dégagées par le législateur sont le fruit d'un compromis entre sauvetage de l'entreprise et protection du crédit et des créanciers.

46. Propos conclusifs. Nous clôturons nos recherches en formulant un vœu. Puissent ces développements s'adresser non seulement aux lecteurs et praticiens désireux de plonger aux confins de deux disciplines particulièrement complexes, mais également au législateur soucieux de faire progresser le droit. L'importance de l'étude des sciences juridiques serait ainsi démontrée. La thèse aurait vocation à contribuer à l'évolution d'une société plus juste et notre vœu exaucé.

Même si le mieux reste l'ennemi du bien, la réforme du droit de l'insolvabilité reste encore, à notre estime, inachevée.